

SÁNCHEZ DAFAUCE, MARIO, "Algunos problemas singulares de la antijuridicidad penal", *Nuevo Foro Penal*, 93, (2019).

Algunos problemas singulares de la antijuridicidad penal

Some problems of criminal illegality

MARIO SÁNCHEZ DAFAUCE*

Fecha de recepción: 21/07/2019 - Fecha de aceptación: 17/10/2019

DOI: 10.17230/nfp.15.93.3

Resumen

Se estudian en este trabajo algunos problemas particulares de la antijuridicidad penal, como la legítima defensa que recae sobre tercero, la ponderación entre vidas en estado de necesidad defensivo o la concurrencia de exceso intensivo y error en cuanto al exceso en la legítima defensa. El factor común a todos ellos es que se trata de asuntos concretos pero complejos, que obligan a profundizar en las relaciones entre estado de necesidad y legítima defensa, en la división entre justificación y exculpación, o en los límites del principio de evitación de masacres.

Abstract

In the present paper are studied some particular problems of criminal unlawfulness, such as self-defense on a third party, the weighting between lives in a state of necessity or the concurrence of intensive self-defence and mistake regarding the excess in legitimate defense. The common factor to all of them is that they deal with concrete but complex issues, which forces us to go deeply into the relations between self-defence and necessity, into the division between justification and excuse, or into the limits of the massacre avoidance principle.

* Profesor Visitante de Derecho Penal. Universidad Carlos III de Madrid. Contacto: mario@der-pu.uc3m.es

Palabras clave

Causas de justificación, legítima defensa, estado de necesidad.

Keywords

Justification in Criminal Law, Self-Defense, Necessity-Excuse.

Sumario

1. Introducción. **2.** Legítima defensa que recae sobre tercero. **3.** Casos curiosos de legítima defensa y estado de necesidad. **4.** Exceso en la legítima defensa por turbación, miedo o pánico. **5.** Riesgos futuros en la ponderación del estado de necesidad. **6.** Estado de necesidad justificante con un ámbito personal de aplicación. **7.** Ponderación entre vidas en estado de necesidad defensivo. **8.** Provocación imprudente de la situación de necesidad en el estado de necesidad exculpante. **9.** Exceso intensivo en la legítima defensa y error en cuanto al exceso. **10.** Bibliografía.

1. Introducción

En el presente trabajo se abordan diversos problemas relacionados con la antijuridicidad penal.

En particular, y por orden expositivo, se estudian las siguientes cuestiones:

1. La legítima defensa que recae sobre tercero y la posible imputación de los resultados de la acción defensiva al agresor inicial.
2. El posible predominio del estado de necesidad sobre la legítima defensa en algunos casos en los que concurren todos los presupuestos de la legítima defensa, y ello en atención a la situación de conflicto entre bienes jurídicos inherente a ambas eximentes.
3. El rechazo por principio de toda respuesta jurídica para la ausencia de imputación penal personal en el autor del exceso en la legítima defensa por turbación, miedo o pánico.
4. La inclusión de riesgos futuros en la ponderación del estado de necesidad. Se sugiere el uso de un criterio que circunscriba la ponderación a aquellos factores inherentes a la acción de salvamento dada su alta probabilidad de inmediata ejecución conexa.
5. Se estudia la compleja y muy interesante posibilidad de construir causas de justificación con un ámbito personal de aplicación. En concreto, se concibe el denominado estado de necesidad exculpante como un estado de necesidad

- justificante con un círculo de personas privilegiado.
6. Se aborda la relación, y la posible confrontación, entre el estado de necesidad defensivo y el principio de evitación de masacres.
 7. Se exponen los inconvenientes de una solución ofrecida en sede de culpabilidad para los supuestos de provocación imprudente de la situación de necesidad en el estado de necesidad exculpante.
 8. Por último, se ofrece una solución particular para los muy difíciles casos de exceso intensivo en la legítima defensa por error de presupuestos respecto del exceso. Esta cuestión es perentoria si se defiende que el error en los presupuestos de hecho de una causa de justificación excluye el dolo.

2. Legítima defensa que recae sobre tercero

Las relaciones entre el defensor y el tercero sobre el que recae la legítima defensa se suelen enmarcar en el ámbito del estado de necesidad¹. Esto significa que si se dan los requisitos del estado de necesidad, la conducta del defensor que recae sobre un tercero puede quedar plenamente justificada o exculpada.

Un caso típico es el del agredido que reacciona frente a un acometimiento físico del agresor y lesiona o mata a alguien que se encuentra cerca de ambos; en alguna ocasión, la propia esposa del agredido².

Según esta solución, dicho tipo consumado puede quedar exento de pena. No obstante, el hecho de que el primer agredido quede plenamente justificado o exculpado nos da una indicación respecto de un posible contexto coactivo creado por el agresor inicial. Para una asignación de la responsabilidad por el delito consumado, quizás haya que ponderar la posible autoría mediata de este último.

Dentro de los casos de dominio de la voluntad en virtud de coacción, Roxin incluye el ocasionamiento del resultado mediante un tercero que actúa lícitamente.

1 Para la legítima defensa que recae sobre terceros, LUZÓN PEÑA, *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2002, pp. 547-548, (primera edición: Bosch, Barcelona, 1978); LUZÓN PEÑA, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, 3ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, 23/46-47, p. 392; BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa*, Bosch, Barcelona, 1994, pp. 320-321; MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 10ª edición, Ed. Reppertor, Barcelona, 2016, 14/69, p. 395; ROXIN, *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, traducción de la 2ª edición alemana (1994) por Luzón Peña, Díaz y García Conlledo, y De Vicente Remesal, Civitas, Madrid, 1997, 15/104-108, pp. 664-667; ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4. Auflage, Beck, München, 2006, 15/124-128, pp. 716-718.

2 Véase la Sentencia del Tribunal Supremo (TS) español 148/2002, de 7 de febrero. También, ROXIN, *PG I*, (trad. 2ª), 15/105, p. 665; *AT I*, 4. Auflage, 2006, 15/125, p. 717.

El caso académico es el siguiente: “A determina a X, al que quiere quitar de en medio, para que ataque a C con un cuchillo. Pretende conseguir que C mate a X en legítima defensa justificante, como en efecto sucede. ¿Puede castigarse a A por el homicidio doloso de X?”³.

La solución general que da Roxin a este grupo de casos es la afirmación de que A tiene el dominio del hecho⁴, pues “el concepto de dominio no puede estimarse exclusivamente con arreglo a criterios psicológicos”, sino que, “sobre la base de la ley, hay que imputar una decisión al sujeto de detrás que determina siempre que se exime de consecuencias penales al agente merced a la situación creada por el sujeto de detrás”⁵.

Con este fundamento, no hay obstáculo teórico que impida dar un pequeño paso más e incluir la legítima defensa que recae sobre tercero -dentro de los límites del estado de necesidad- como un nuevo subgrupo de autoría mediata por ocasionamiento del resultado merced a la situación creada (dolosamente) por el sujeto de detrás.

Los casos quizás más habituales e interesantes son los de *aberratio ictus* del defensor. Para ellos –ocasionalmente- cabe también el recurso al dominio de la voluntad en virtud del error sobre el riesgo⁶, pues “donde el conocimiento del riesgo real le habría hecho abstenerse [al instrumento] del hecho, la creación o el aprovechamiento de ese error fundamenta la autoría mediata del no ejecutor”⁷.

Con esto, como es obvio, queda como problema central el del dolo (probablemente alternativo) del agresor inicial. Pero lo anterior significa que los criterios de imputación objetiva y de imputación al dolo en las desviaciones causales se han de referir –también- a la conducta del agresor inicial.

3 ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, traducción de la novena edición alemana (2015) por Cuello Contreras y Serrano Gómez de Murillo, Marcial Pons, Madrid, 2016, p. 167.

4 Para más detalles, ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, 2016, pp. 167-171.

5 ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, 2016, p. 171. Vid. Muñoz Conde y García Arán: “También cuando el instrumento actúa justificadamente puede darse autoría mediata. Así, por ejemplo, quien azuza a un perro o induce a un enfermo mental a atacar a otra persona, responde de daños o de homicidio en autoría mediata si la persona atacada mata al perro o al enfermo mental (obsérvese que el instrumento es quien se defiende, no el perro o el enfermo mental: en este caso realiza una acción típica de daños dolosos, o de homicidio doloso, pero justificada por estado de necesidad o legítima defensa)”, MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General*, 9ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, p. 435.

6 ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, 2016, pp. 218-222.

7 ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, 2016, p. 222. El sujeto de detrás que provoca o aprovecha un error sobre el riesgo posee “una supradeterminación configuradora de sentido” que le atribuye el dominio del hecho, ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, 2016, p. 222.

Así, y siguiendo la importante Sentencia del Tribunal Supremo español 148/2002, de 7 de febrero⁸, si el objeto sobre el que recae la acción estaba a la vista del autor, se ha de afirmar, en los casos de *aberratio ictus*, el dolo alternativo cuando el desarrollo causal no era improbable. Dado este dolo alternativo en el agresor inicial, y negado en el autor directo, lo correcto será considerar que el autor mediato del tipo doloso correspondiente es el agresor inicial.

De este modo, se completa el recurso al consentimiento presunto del tercero⁹ y se supera el dilema entre, o imprudencia del defensor, o ausencia de imputación objetiva del resultado.

En estos supuestos se plantea también un interesante problema respecto de la condición jurídica de la conducta del agredido. Roxin afirma que “quien dispara a un atracador que amenaza su vida o integridad, estará – ciertamente – exculpado (§ 35) por las lesiones a terceros, cuya posible causación había aceptado”¹⁰.

Pero, en mi opinión, si respecto del agresor cabe legítima defensa y respecto del tercero solo cabe un estado de necesidad exculpante, *se está diciendo que un mismo disparo es a la vez una conducta prohibida y una conducta permitida*. Esto es incongruente: o el agredido puede disparar o no puede disparar. En la misma incongruencia incurre Roxin cuando dice que “quien dispara a un ladrón que huye con el botín, aceptando la posibilidad de que la bala alcance además a un transeúnte ajeno a ello, es cierto que estará justificado en cuanto a la lesión del ladrón, pero deberá ser castigado por lesiones dolosas causadas al transeúnte”¹¹. Esto no puede ser así. En el primer caso expuesto, lo que se dice exculpado está justificado (aunque se le otorgue también al tercero una respuesta justificada)¹² y, en el segundo, un disparo al ladrón que huye, y que puede alcanzar a un transeúnte, es ya un exceso en la legítima defensa. Si el disparo del primer supuesto se hace para evitar la propia muerte, y en lugar de dar al agresor impacta en un tercero y lo mata, y ello como resultado –para agresor y defensor- previsible y aceptado de la defensa (dolo alternativo de ambos), entonces la conducta dolosa del defensor está plenamente justificada, de modo que no hay contradicción normativa. Respecto del tercero, el estado de necesidad del defensor es

8 En el mismo sentido, STS 1230/2006, de 1 de diciembre.

9 Véase al respecto el caso citado por Roxin en *PG I*, (trad. 2ª), 1997, 15/105, p. 665; *AT I*, 4. Auflage, 2006, 15/125, p. 717.

10 ROXIN, *PG I*, (trad. 2ª), 1997, 15/104, p. 665; *AT I*, 4. Auflage, 2006, 15/124, pp. 716-717.

11 ROXIN, *PG I*, (trad. 2ª), 1997, 15/104, pp. 664-665; *AT I*, 4. Auflage, 2006, 15/124, p. 716.

12 Véase SÁNCHEZ DAFUQUE, “El conflicto entre vidas en Derecho penal”, *Revista penal*, núm. 42, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 218-219, nota 48.

un estado de necesidad existencial justificante, y *el agresor inicial es el autor mediato de ese homicidio doloso*¹³.

3. Casos curiosos de legítima defensa y estado de necesidad

Como regla general, la relación entre legítima defensa y estado de necesidad es pacífica, pues la ponderación propia de la legítima defensa no obsta a “un examen del caso desde el punto de vista del § 34 [estado de necesidad justificante, StGB], y ello ni cuando concurra ni cuando esté excluido el § 32 [legítima defensa]. Sobre todo tiene importancia práctica el segundo caso, o sea el de que haya que rechazar la legítima defensa, v gr. porque la agresión no es ‘antijurídica’ o no es ‘actual’ en el sentido del § 32”¹⁴.

Pero el predominio del estado de necesidad sobre la legítima defensa se puede advertir también en algunos casos en los que concurren todos los presupuestos de la legítima defensa, y ello en virtud de la situación de conflicto entre bienes jurídicos inherente a ambas eximentes:

-Si, por ejemplo, un cuidador pierde imprudentemente el control de una fiera, iniciando ésta el ataque hacia un tercero, y este tercero no tiene otra opción para salvar su vida que desviar la atención del animal hacia el cuidador, la conducta del tercero será calificada por buena parte de la doctrina como una legítima defensa (o, en su defecto, como un estado de necesidad defensivo). Pero si el cuidador no tiene a su alcance otra alternativa que la de desviar la atención del animal hacia el lujoso coche del tercero -opción que no se hallaba entre las accesibles a este último porque, por ejemplo, desconocía la fascinación del animal por el color rojo, detalle sí conocido por el cuidador-, la acción del cuidador será una respuesta en estado de necesidad justificante frente a una legítima defensa (o un estado de necesidad defensivo), y ello con independencia de una hipotética responsabilidad imprudente por los daños provocados.

Es obvio que aquí convergen muchos factores que hacen muy especial este caso: una hipotética *actio illicita in causa*, el carácter imprudente de la agresión inicial y la

13 Para excesos del instrumento, ROXIN, *Derecho Penal. Parte General. Tomo II. Especiales formas de aparición del delito*, traducción de la 1ª edición alemana (2003) por Luzón Peña (Director), Paredes Castañón, Díaz y García Conlledo, y De Vicente Remesal, Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2014, 25/168-171, pp. 138-139. Es interesante advertir que Roxin admite en determinados casos un, por ejemplo, homicidio imprudente si el exceso del instrumento “entraba en el ámbito de lo previsible”, *PG II*, 2014, 25/168, p. 139.

14 ROXIN, *PG I*, (trad. 2ª), 1997, 14/50, p. 579; *AT I*, 4. Auflage, 2006, 14/51, p. 621.

posesión de un conocimiento especial sobre la verdadera situación de hecho¹⁵. Pero la primacía del estado de necesidad justificante del cuidador del animal se pone de manifiesto en su indiscutible eficacia *erga omnes*, pues es impensable que un tercero pueda justificadamente impedir su acción.

-Véase otro supuesto: A está a punto de perecer ahogado en un incendio. B va a lanzar una piedra al valioso cristal del escaparate del lugar donde A se halla encerrado. B pretende salvar la vida de A: su conducta está justificada en estado de necesidad. C, un tercero ajeno al dueño del cristal (E), impide —con dolo homicida de A— la conducta de B (interrupción de un curso causal salvador). ¿Puede D, un paseante que advierte todos los detalles de la situación, elegir entre matar a C (dados todos sus presupuestos) en legítima defensa de A, o romper él el cristal de E sin daño para C? Si le negamos a D la primera solución, el estado de necesidad (relación A-E) prima sobre la legítima defensa (relación A-C).

Aquí puede estar encerrada una nueva restricción ético-social a la legítima defensa, basada en la manifiesta desproporción entre bienes jurídicos (la vida de C frente al valor del cristal de E), pero articulada a través de la relación entre legítima defensa y estado de necesidad¹⁶.

-En Derecho penal español, cabe una legítima defensa incompleta (con una rebaja de la pena en uno dos grados) si se repele una agresión real pero empleando un medio más lesivo para el agresor que otro igualmente eficaz para rechazar la agresión, al alcance del defensor, y menos lesivo para el agresor (arts. 20.4, 21.1 y 68 CP español).

Podemos imaginar que entre el agresor inicial y el defensor se acaba produciendo, por ejemplo, una lucha a vida o muerte (esto puede ocurrir, pues el exceso del defensor se juzga *ex ante*)¹⁷. En tal caso, ¿qué debe hacer un tercero, por ejemplo, un policía, si no tiene capacidad para desactivar el conflicto?

Para responder a esta pregunta no nos sirve el recurso a la fragmentación de la conducta del defensor en un tramo antijurídico y otro plenamente justificado, pues la única realidad es que a la situación apuntada se ha llegado por la conjunción de

15 Sobre esto último, ROXIN, *PGI*, (trad. 2ª), 1997, 14/106, pp. 602-603; ATI, 4. Auflage, 2006, 14/109, p. 646.

16 Sobre las limitaciones al derecho de legítima defensa basadas en la desproporción de bienes, IGLESIAS RÍO, *Fundamento y requisitos estructurales de la legítima defensa*, Comares, Granada, 1999, pp. 320-333; LUZÓN PEÑA, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, 3ª, 2016, 23/76-79, pp. 399-401. En relación con la legítima defensa de animales, un estudio de las limitaciones ético-sociales basadas en la desproporción puede verse en GRECO, "Legítima defensa de animales", *Nuevo Foro Penal*, volumen 15, núm.92, 2019, pp. 36-42.

17 Para las reglas internas de este enfrentamiento, JIMÉNEZ DÍAZ, *El exceso intensivo en la legítima defensa*, Comares, Granada, 2007, pp. 211-214.

dos conductas, una plenamente antijurídica —la del agresor inicial—, y otra parcialmente antijurídica —la del defensor que se excede—. En otros términos, si el tercero (por ejemplo, un policía) consigue desactivar el conflicto sin lesión alguna para los contendientes, el agresor inicial será condenado como autor, por ejemplo, de una tentativa de homicidio, y el defensor lo será como autor de una tentativa de homicidio parcialmente justificada por una legítima defensa incompleta.

Caben tres respuestas a la pregunta planteada más arriba:

- a) El tercero puede (o debe) ayudar al agresor inicial. Esto lo rechazamos *a limine* por pura intuición, pero más adelante veremos que la solución no es tan sencilla.
- b) El tercero debe dejar que las cosas sigan su curso. Con esto, los dos contendientes quedan en igualdad de condiciones pese a la diferente magnitud del injusto de cada uno. Además, una obligación de pasividad impuesta al policía de nuestro ejemplo se parece mucho a un *non liquet* y es rechazada por nuestro sentido de plenitud del ordenamiento jurídico.
- c) El tercero puede (o debe) colaborar en la legítima defensa incompleta del primer agredido. Esta solución parece, a primera vista, la correcta, pero no se puede pasar por alto que el tercero está colaborando en una conducta parcialmente antijurídica, lo que, de acuerdo con el principio de accesoriedad limitada de la participación, le obliga a seguir la misma suerte del autor: justificación parcial y rebaja de la pena correspondiente en uno o dos grados. Como es obvio, esta pena revela que el tercero no puede colaborar con el defensor (por no hablar de un deber).

Se puede intentar salir de este callejón negando a la legítima defensa incompleta el carácter de agresión ilegítima, pero sin éxito, pues, aunque el policía coopere en el rechazo a una inicial agresión ilegítima, lo está haciendo por medio de la promoción de una conducta parcialmente antijurídica, con lo que volvemos al centro del problema: la colaboración en una legítima defensa incompleta¹⁸.

Cabe una cuarta solución: al tercero se le otorga un estado de necesidad justificante por completo independiente de la legítima defensa parcial del primer agredido, de tal modo que para resolver el caso lo correcto será salir del conflicto entre agresiones ilegítimas y mirar la situación desde fuera con los ojos de la ponderación entre males requerida por el estado de necesidad. A igualdad de bienes jurídicos enfrentados, el mal menor —probablemente— será el salvamento del, digamos, en parte defensor y en parte agresor, y ello en detrimento del primer agresor.

Pero precisamente porque aquí cabe un estado de necesidad justificante basado

18 Para el exceso como agresión ilegítima, véase LUZÓN PEÑA, *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, 2002, pp. 218-219.

en la ponderación entre males, no se puede descartar axiomáticamente que la conducta correcta sea la protección del primer agresor. En casos muy excepcionales en los que el exceso intensivo del defensor haya elevado considerablemente el grado de los bienes jurídicos en conflicto, la ponderación en estado de necesidad podría ser favorable al agresor inicial.

-La provocación intencionada de la situación de necesidad se resuelve, en ocasiones, con el mero recurso al juicio de ponderación. Así, por ejemplo, Roxin, quien estima que la persona que premeditadamente se pone en una situación de estado de necesidad para poder librarse de ella a costa de otros, “no actúa justificadamente aunque sus intereses fueran al margen de ello sustancialmente preponderantes”¹⁹.

Lo anterior significa que si A crea un incendio para, salvando su propia vida, romper el valioso cristal de B, C, espectador objetivo que conoce todo el proceso, puede impedir en legítima defensa de B que A salve su vida.

Esto no puede ser así. Se necesita la *actio illicita in causa* para evitar que un tercero pueda impedir en legítima defensa la conducta de salvamento que el provocador realiza en beneficio de un interés sustancialmente preponderante²⁰.

Tampoco es convincente el argumento político-criminal que ofrece Roxin para negar el valor de esta figura: “si el autor ha de pensar que es cierto que va estar justificado al emprender el salvamento por esa acción salvadora, pero que va a ser castigado por su conducta previa, la mayoría de las veces se abstendrá de realizar la acción salvadora para no incurrir en responsabilidad penal”²¹. Esto no es correcto, pues el autor ha creado la situación de necesidad. Salvo que actúe a propio riesgo, ya no puede quedar exento de responsabilidad criminal, pues hay una lesión segura. Lo que permite la *actio illicita in causa* es precisamente que él o un tercero estén aún a tiempo de elegir el mal menor.

4. Exceso en la legítima defensa por turbación, miedo o pánico

En caso de conductas exculpadas, si se pretende afirmar su carácter antijurídico, la ausencia de toda intervención penal obliga a depositar en la mera prohibición la pretensión penal de evitación de la conducta prohibida. La antijuridicidad de la conducta exculpada sin fines preventivos representa el mantenimiento de un ámbito en el que el legislador efectúa un juicio de valor sin la atribución de un recurso específico que

19 ROXIN, *PG I*, (trad. 2ª), 1997, 16/52, p. 699; *AT I*, 4. Auflage, 2006, 16/62, p. 752.

20 Véase LUZÓN PEÑA, “*Actio illicita in causa* y provocación en las causas de justificación”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo 47, núm 3, 1994, pp. 62-65.

21 ROXIN, *PG I*, (trad. 2ª), 1997, 16/54, p. 701; *AT I*, 4. Auflage, 2006, 16/64, p. 754.

favorezca la correspondiente configuración social. Si no se desea recurrir a la eficacia penal de la respuesta dada por el Derecho civil, la independencia del Derecho penal en el acceso a los fines que le legitiman solo es compatible con la comprensión de que la antijuridicidad de la conducta exculpada permite obtener algún rendimiento del propio hecho de la prohibición²².

Expresamente, Roxin estima que “desde un punto de vista preventivo general puede ser necesario prohibir algo penalmente sin que al mismo tiempo las exigencias de prevención general reclamen el castigo de lo prohibido”²³. Se refiere en concreto a la exclusión de la pena en casos de exceso en la legítima defensa propiciados por turbación, miedo o pánico (§ 33 StGB: “Verwirrung, Furcht oder Schrecken”)²⁴.

Se pueden imaginar, no obstante, diferentes soluciones que permiten poner en duda la anterior afirmación de Roxin.

El miedo, la turbación o el pánico pueden provocar un error invencible en los presupuestos de hecho de la causa de justificación –también un error en relación con la necesidad de la defensa, o exceso por error–; error de presupuestos que en otra situación sería vencible. Si se afirma que el error es invencible, no hay prohibición, pues se está afirmando que con el baremo medio para la apreciación de la invencibilidad del error, el miedo, la turbación o el pánico son una consecuencia normal de las circunstancias dadas.

El miedo, la turbación o el pánico pueden provocar una apreciación equivocada del momento de inicio de la agresión ilegítima, lo que no es sino una variante del caso anterior.

Pero, también, el miedo, la turbación o el pánico pueden ser causas de inimputabilidad²⁵. Si no se recurre en estos casos a una medida de seguridad, ello se debe a la idea de que el peligro ha sido creado por el agresor. No obstante, *dado que*

22 Para la calificación de las conductas exculpadas como conductas justificadas, véase SÁNCHEZ DAFUACE, “El conflicto entre vidas en Derecho penal”, 2018, pp. 205-209.

23 ROXIN, *La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el Proceso penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000, p. 48, traducción de Gómez Rivero y García Cantizano.

24 Al respecto, ROXIN, *PG I*, (trad. 2ª), 1997, 22/68-99, pp. 926-940; *AT I*, 4. Auflage, 2006, 22/68-99, pp. 991-1005; también, ROXIN, “Culpabilidad y responsabilidad como categorías sistemáticas jurídicopenales”, *Problemas básicos del Derecho penal*, Reus, Madrid, 1976, pp. 217-218, traducción de Luzón Peña; JIMÉNEZ DÍAZ, *El exceso intensivo en la legítima defensa*, 2007, pp. 197-207. Para la diferencia entre afectos asténicos y esténicos, LUZÓN PEÑA, “Exculpación por inexigibilidad penal individual”, *Revista Justicia e Sistema Criminal*, v. 8, núm. 14, 2016, pp. 22-24.

25 Para el recurso al miedo insuperable, véase LUZÓN PEÑA, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, 3ª, 2016, 28/47, pp. 543-544; MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General*, 9ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, p. 391. Con detalle, JIMÉNEZ DÍAZ, *El exceso intensivo en la legítima defensa*, 2007, pp. 188-196. En Derecho penal español, el miedo insuperable no es una causa de inimputabilidad, sino de inexigibilidad, y no permite, en consecuencia, la aplicación de una medida de seguridad (art. 20 *in fine* CP).

hay requisitos añadidos a la agresión ilegítima para el ejercicio pleno de la legítima defensa, la ausencia de respuesta jurídica para estos excesos supone un factor de riesgo para los bienes jurídicos del agresor protegidos por esas mismas limitaciones al ejercicio de la legítima defensa, y esta necesidad de protección es suficiente para fundamentar un juicio de peligrosidad en quien no se atiene a sus presupuestos. Por lo tanto, la medida de seguridad puede ser pertinente para quien pierde el control y causa por ello un resultado lesivo innecesario²⁶.

La figura jurídica más acertada sería un trastorno mental transitorio, ya sea pleno o incompleto, perfectamente compatible con una legítima defensa incompleta. Pero si se entiende que en estos casos se ha de dar una imputación completa al agresor y si, por lo tanto, no se responde jurídicamente a la inimputabilidad del defensor, *esta regulación del exceso en la legítima defensa es de facto una modificación específica de los presupuestos de aplicación de la legítima defensa.* Así lo entiende Jakobs, para quien, sin tener en cuenta la posibilidad de desplazar el conflicto hacia el atacante, no cabe interpretar el § 33 StGB²⁷.

Ahora bien, si se acepta esto último y se rechaza la solución de la inimputabilidad, es decir, *si en estos casos se rechaza por principio toda respuesta jurídica a la ausencia de imputación penal personal en el autor del exceso*, el camino técnico más adecuado es el siguiente: los tres factores que propician el denominado exceso mantienen la conducta dentro de la racionalidad del medio empleado, quedando así incluidos estos estados mentales desordenados entre los elementos del baremo intersubjetivo para la apreciación de la necesidad de la defensa. El propio Roxin estima que “se debe insistir en que los estados pasionales asténicos [turbación, miedo o pánico; procedentes de debilidad] preponderen en la motivación del sujeto, pues cuando alguien rebasa los límites de la legítima defensa en estado de cólera o ira, furia o indignación por una agresión, en la mayoría de los casos un poco de pánico o turbación acompañará a los estados pasionales agresivos. Ello no puede ser suficiente, porque, por razones de prevención general, es preciso reprimir mediante una amenaza de pena los impulsos agresivos prohibidos; de lo contrario, ya no se podrá impedir la retribución conducente al derecho del más fuerte y que habría de llevar a una grave conmoción de la paz jurídica”²⁸.

26 La psiquiatría no concibe el miedo insuperable como una entidad clínica independiente. Se trata de un trastorno del control de los impulsos, de pánico, de estrés postraumático o, en concreto, de una neurosis de guerra. Según criterio profesional, estos problemas necesitan, sin duda, de tratamiento médico.

27 JAKOBS, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª edición, corregida, traducción de la 2ª edición alemana (1991) por Cuello Contreras y Serrano Gómez de Murillo, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 705, nota 44.

28 ROXIN, *PG I*, (trad. 2ª), 1997, 22/80, p. 932; *AT I*, 4. Auflage, 2006, 22/80, pp. 996-997. Esta última cita evidencia la escasa confianza del propio Roxin en esa necesidad de “prohibir algo penalmente

5. Riesgos futuros en la ponderación del estado de necesidad

El profesor Molina Fernández incluye entre los elementos para la ponderación del estado de necesidad los efectos directos e indirectos que pueda tener el hecho típico a largo plazo en la estructura social²⁹.

Se trata de una idea de gran interés, pero también difícil de definir.

Para que este factor sea útil ha de concedérsele un valor independiente, es decir, ha de servir para calificar como antijurídica una conducta que sin él estaría justificada. Si no es así, o bien no tiene una eficacia propia, o bien está incorporado a otro elemento, como, por ejemplo, la dignidad humana, cuyo valor absoluto, en el caso en cuestión, impediría la justificación de la conducta típica en estado de necesidad.

Si a este factor se le da un valor independiente, ello significa que una determinada conducta típica puede no quedar justificada precisamente por sus efectos a largo plazo. Estos efectos a largo plazo, no obstante, no pueden consistir en la realización de esa misma conducta, pues si dicha conducta está justificada salvo por sus efectos a largo plazo, su reiteración no puede ser un factor de desestabilización social (salvo, como se verá, si dicho estado de necesidad tiene su origen en una agresión ilegítima, algo excepcional pero perfectamente posible). Si para intentar salvar una vida me salto varios semáforos en rojo, el peligro para la estructura social no deviene del hecho de que pueda volver a saltarme varios semáforos en rojo si en el futuro me veo envuelto en otra situación similar. El peligro de desestabilización social procede del hecho de que, o bien me acostumbre a no respetar los semáforos en rojo en mi vida diaria, o bien lo hagan los demás sirviéndose como ejemplo para ello de mi pretensión de salvar una vida. Por lo tanto, el factor manejado por Molina Fernández incluye una hipotética realización futura de (otras) conductas antijurídicas por el autor o por un tercero. Ahora bien, si se me prohíbe saltarme los semáforos para salvar una vida porque me puedo acostumbrar a no respetarlos indiscriminadamente, se está incorporando en el juicio de ponderación de intereses una figura similar a la culpabilidad por la conducción (futura) de vida, vulnerándose el principio de responsabilidad por el hecho. Y si dicha prohibición se basa en que mi conducta puede ser tomada por otros como ejemplo para cometer conductas antijurídicas, entonces se me está haciendo a mí responsable de la eventual conducta ajena, quedando seriamente comprometido el principio de personalidad de

sin que al mismo tiempo las exigencias de prevención general reclamen el castigo de lo prohibido" (véase nota 23).

29 MOLINA FERNÁNDEZ, "El estado de necesidad como ley general. (Aproximación a un sistema de causas de justificación)", *Revista de Derecho penal y Criminología*, N° extraordinario 1, UNED, marzo 2000, pp. 221-222.

las penas, pues no hay que olvidar que la negación de mi estado de necesidad significa que se me ha de imponer una pena como ejemplo para que otros no realicen una conducta diferente (y más grave) que la realizada por mí.

Por todo lo anterior, hay que afirmar que el factor de la incidencia futura de la conducta típica en la estructura social exige una mayor precisión. Esta precisión puede venir dada por los *criterios de imputación respecto de delitos dolosos de terceros*.

Roxin estima que “el principio de confianza no puede regir ya cuando una conducta fomenta la perceptible inclinación o propensión al hecho delictivo de un potencial autor doloso”³⁰. Si trasladamos esta afirmación al ámbito del estado de necesidad, podemos incluir como elemento de la ponderación la perceptible inclinación de un tercero a un hecho doloso, pero poco más. Con carácter general, se trata de incluir en la ponderación solamente aquellos factores inherentes a la acción de salvamento dada su alta probabilidad de inmediata ejecución conexa. Así, por ejemplo, si percibo desde el exterior que están robando en mi casa, no puedo entrar por una ventana en la casa del vecino para avisar a la policía si al verme entrar sé que dicho vecino va a imaginar, como ya lo ha hecho en otras ocasiones, que pretendo intrigar políticamente con su hermano, habiendo jurado que lo mataría si el hecho volviera a repetirse. En este caso, los “males” en conflicto son mi propiedad y la vida del hermano del vecino, no solo la intimidación domiciliaria de este último. Pero ir más allá, e incluir consideraciones preventivo-generales en el juicio de ponderación es, como acertadamente señala Martínez Escamilla, incorrecto, pues no hay que desatender que la posible merma preventivo-general de la aplicación de la eximente a situaciones extendidas no es un efecto generado por la acción del necesitado, sino por la hipotética aplicación de una eximente prevista en el Código Penal y correcta por todo, salvo por dicha posible merma preventivo-general³¹.

De lo anterior se deduce que el principal campo de aplicación de la tesis de Molina Fernández -con, en mi opinión, las precisiones ya apuntadas y con otras que se verán más adelante- ha de ser el constituido por los casos en los que el estado de necesidad objeto de discusión es provocado por una agresión ilegítima; así por ejemplo, casos de chantaje al Estado con toma de rehenes.

30 ROXIN, *PG I*, (trad. 2ª), 1997, 24/28, p. 1007; *AT I*, 4. Auflage, 2006, 24/28, p. 1073.

31 MARTÍNEZ ESCAMILLA, “Pobreza, estado de necesidad y prevención general: los «correos de la cocaína» y el Tribunal Supremo español”, *La respuesta del Derecho penal ante los nuevos retos*, Cuerda Riezu (Dir.), Universidad Rey Juan Carlos, Dykinson, Madrid, 2005, pp. 261-262. Es también contraria a la incorporación de consideraciones preventivo-generales en el concepto de “mal”, MARTÍNEZ CANTÓN, *La ponderación en el estado de necesidad*, Universidad de León, 2006, p. 590.

6. Estado de necesidad justificante con un ámbito personal de aplicación

La mejor forma de configurar dogmáticamente el denominado estado de necesidad exculpante es su consideración como una causa de justificación personal. Es decir, como una causa de justificación con un ámbito personal de aplicación (con un círculo de personas privilegiado)³².

El hecho de que en el tradicional estado de necesidad exculpante se manejen elementos personales ha dificultado, en mi opinión, la comprensión de que estos elementos personales pertenecen ya al mismo objeto de valoración, es decir, al injusto. Si determinadas circunstancias personales se incluyen en la justificación como un elemento objetivo, la valoración impersonal y objetiva del hecho conjunto, que es el presupuesto del principio de accesoriadad limitada de la participación, cederá su sitio a una valoración personal pero también objetiva del hecho de cada uno de los intervinientes³³.

Se trata, no obstante, de una opinión muy minoritaria y quizás poco conocida. Creo, por ello, que es conveniente profundizar en el desarrollo que de la misma hace Molina Fernández en su trabajo de 2011.

La admisión en algunas causas de justificación de un “elemento adicional, personal, porque sólo afecta a algunos, pero a la vez imparcial, porque su valor jurídico es reconocido por la ley y no proviene de la mera preferencia del autor”³⁴, constituye, como ya he manifestado, un avance de enorme valor en el estudio de las relaciones entre justificación y exculpación. Este mencionado elemento personal “altera la ponderación del hecho y lo convierte, para ese sujeto, en lícito. Se trata, por ello, de una *justificación personalmente condicionada*”³⁵. Con esto, la justificación queda como un problema de ponderación objetiva de intereses, no de imputación subjetiva, y a la vez se confirma “el principio ético de que si algo es jurídicamente inexigible, porque cualquiera hubiera hecho lo mismo en tal situación, no puede estar prohibido”. Ahora

32 Véase al respecto, SÁNCHEZ DAFUCE, *Sobre el estado de necesidad existencial*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, *passim*; SÁNCHEZ DAFUCE, “El conflicto entre vidas en Derecho penal”, 2018, pp. 209-213. En el mismo sentido, MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, 2001, pp. 663-664, nota 95; MOLINA FERNÁNDEZ, “Caso de los intermediarios en secuestros”, *Casos que hicieron doctrina en Derecho penal*, Sánchez-Ostiz Gutiérrez (Coord.), La Ley, Madrid, 2011, pp. 485-507. Véase también, MOLINA FERNÁNDEZ, *Memento Penal 2019*, Molina Fernández (Coord.), Lefebvre, Madrid, 2018, marginal 1590.

33 SÁNCHEZ DAFUCE, *Sobre el estado de necesidad existencial*, 2016, p. 352.

34 MOLINA FERNÁNDEZ, “Caso de los intermediarios en secuestros”, 2011, p. 502.

35 MOLINA FERNÁNDEZ, “Caso de los intermediarios en secuestros”, 2011, p. 502.

bien, para “los terceros, ajenos al conflicto singular, la ponderación se hace sin tener en cuenta el elemento personal, lo que altera el fiel de la balanza y convierte el hecho en antijurídico”³⁶.

Molina Fernández desarrolla este criterio en el estudio de la posición de la víctima, sus familiares y allegados, los terceros intermediarios y los poderes públicos en el pago de un rescate en caso de secuestro. Estima que en las situaciones en que alguien se enfrenta a una opción trágica que no le afecta a él o a sus allegados, la regla sistemática que debería aplicarse es la de no calificar un hecho de antijurídico si no somos capaces de afirmar de manera inequívoca que el comportamiento alternativo es el correcto. Si la situación es jurídicamente indecidible, pues las dos alternativas son igual de malas o de buenas, entonces, quien “en una de estas situaciones, se inclina por cualquiera de las alternativas equivalentes, actúa justificadamente”³⁷. Pero si el ordenamiento prefiere una conducta a otra, “quien opte por la preterida actúa de manera no justificada, y su comportamiento tampoco merece ser exculpado. ¿Por qué habría de serlo? El hecho será normalmente punible, salvo que el desfase entre una y otra sea lo suficientemente reducido como para que el desvalor global permanezca por debajo del umbral de lo penalmente relevante”³⁸.

Si se defienden intereses propios o de personas allegadas, “tampoco es correcto hablar de exculpación”, pues se pasa por alto “la dimensión personal jurídicamente reconocida, que permite configurar derechos y deberes específicos”. “En estos casos, el ordenamiento da al sujeto la posibilidad de preferir sus propios intereses o los de las personas próximas, porque tienen un valor jurídico que el propio derecho reconoce”³⁹.

Aplicado lo anterior al caso examinado, Molina Fernández llega a las siguientes conclusiones:

- a) En una ponderación general y sin interferencias personales, habida cuenta lo que está en juego, el pago del rescate a una organización terrorista es, con un cierto margen de discrecionalidad, un mal mayor, por lo que debe ser evitado por los poderes públicos, pues dicho pago favorecería conductas similares futuras que se financiarían con el rescate⁴⁰.

36 MOLINA FERNÁNDEZ, “Caso de los intermediarios en secuestros”, 2011, pp. 502-503.

37 MOLINA FERNÁNDEZ, “Caso de los intermediarios en secuestros”, 2011, pp. 500-501. Véase una opinión más matizada, en conexión con la teoría del espacio libre de Derecho, en SÁNCHEZ DAFUQUE, “El conflicto entre vidas en Derecho penal”, 2018, pp. 219.

38 MOLINA FERNÁNDEZ, “Caso de los intermediarios en secuestros”, 2011, pp. 501-502.

39 MOLINA FERNÁNDEZ, “Caso de los intermediarios en secuestros”, 2011, p. 502.

40 MOLINA FERNÁNDEZ, “Caso de los intermediarios en secuestros”, 2011, p. 503.

- b) Para la propia víctima, sus familiares y allegados, el pago es lícito. “El ordenamiento valora su posición y acepta que en su caso el sacrificio no sólo resultaría inexigible, sino que supondría la lesión de un bien jurídico que se quiere preservar”. Por ello se concede un derecho al pago. Ahora bien, “como todo derecho vinculado a circunstancias personales, su alcance es limitado, y no abarca el correlativo deber de terceros de no impedir el resultado”⁴¹.
- c) Para los intermediarios, por principio ajenos al conflicto, hay que ajustarse a la valoración general. Si la policía debe evitar el pago, también será ilícito para ellos. No obstante, aunque el sacrificio de la víctima pueda ser una opción preferible a largo plazo, y si la condición del chantaje es meramente económica, la inminencia de la muerte o privación de libertad de una persona concreta es una decisión problemática que puede chocar con el sentimiento inmediato de justicia. “Por ello, atribuir en estas situaciones un amplio margen de libertad a cualquiera para hacer o no hacer no es una mala solución, sin perjuicio de marcar una línea de actuación mucho más estricta para los poderes públicos”⁴². Además, el intermediario que ayuda a la víctima y a sus familiares o allegados participa en una conducta justificada. “Por ello, su acción, en cuanto cooperación en un hecho justificado, es correcta, aunque no lo sea en cuanto contribución final a un hecho que, para él, que no reúne las condiciones personales del caso, es ilícito”; de modo que, en los casos de participación de un *extraneus* en un hecho personalmente justificado, el desvalor es menor por la contribución a un hecho lícito para el autor⁴³. “Si se tienen en cuenta ambos datos –las dudas sobre el modo adecuado de resolver el conflicto y el hecho de que se esté ayudando a alguien que actúa lícitamente- puede concluirse que, en estos casos, el hecho del intermediario no es antijurídico”⁴⁴.

Pese a que acepto en conjunto sus presupuestos, la solución de Molina Fernández puede ser, en mi opinión, objeto de debate. En primer lugar, hay que definir los males en conflicto. Si el conflicto se establece entre vida o libertad del rehén y orden público, es decir, si se adopta la perspectiva a corto plazo, entonces la solución correcta es la ofrecida por Gimbernat Ordeig, para quien “ciertamente que los intermediarios realizan objetivamente el tipo de colaboración con banda armada (...), pero, con ello y al mismo tiempo, están salvando los bienes jurídicos superiores de la libertad y -eventualmente-

41 MOLINA FERNÁNDEZ, “Caso de los intermediarios en secuestros”, 2011, p. 504.

42 MOLINA FERNÁNDEZ, “Caso de los intermediarios en secuestros”, 2011, p. 505.

43 MOLINA FERNÁNDEZ, “Caso de los intermediarios en secuestros”, 2011, pp. 505-506.

44 MOLINA FERNÁNDEZ, “Caso de los intermediarios en secuestros”, 2011, p. 506.

de la vida de los rehenes”⁴⁵. Si el debate queda restringido a que la condición del chantaje sea meramente económica⁴⁶, entonces considero la opinión de Gimbernat Ordeig inobjetable, pues el apoyo económico está tan alejado de un hipotético riesgo futuro para la vida de un tercero, que cobra preferencia la protección de la vida del secuestrado. Ahora bien, si el conflicto se plantea así, se trata de un conflicto objetivo puro, que se soluciona con un estricto estado de necesidad objetivo, y sin necesidad de acudir a la inexigibilidad para sustentar la justificación de la conducta de los implicados en él: víctima, familiares y allegados. En este caso, existe una única valoración –favorable al pago– tanto para los implicados en el conflicto, como para los intermediarios o el Estado.

Por el contrario, si, con una perspectiva a largo plazo, se considera que el conflicto queda establecido entre la vida o la libertad del rehén y, por ejemplo, la vida o la libertad de futuros e hipotéticos rehenes, entonces para víctima, familiares y allegados sí se da un estado de necesidad justificante con un ámbito personal de aplicación. Pero si ello es así es porque el conflicto objetivo es desfavorable al pago del rescate, pues si el pago del rescate fuese la opción preferible para todos, entonces no sería necesario acudir al estado de necesidad personal justificante para eximir a los implicados en el conflicto. En otros términos, el estado de necesidad justificante objetivo es de aplicación preferente respecto del estado de necesidad justificante personal, y esto es así porque, precisamente por su carácter objetivo, permite la intervención justificada de terceros ajenos al conflicto⁴⁷.

Por lo tanto, si se recurre al estado de necesidad personal justificante para la víctima o sus familiares y allegados, ello significa que, dado que la opción *erga omnes* es contraria al pago, el Estado no solo no debe pagar, sino que además debe intentar impedir el pago. Aquí puede haber, como advierte Molina Fernández, un cierto “margen

45 GIMBERNAT ORDEIG, “Justificación y exculpación en Derecho Penal español en la exención de responsabilidad por situaciones especiales de necesidad (legítima defensa, estado de necesidad, colisión de deberes)”, *Justificación y exculpación en Derecho penal*, Eser, Gimbernat, Perron (Edits.), Servicio de Publicaciones, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Centro de Estudios Judiciales, Ministerio de Justicia e Interior, Madrid, 1995, p. 70.

46 Véase MOLINA FERNÁNDEZ, “Caso de los intermediarios en secuestros”, 2011, p. 505.

47 Considero adecuado separar dos grupos de casos de estado de necesidad existencial, pues estimo que cada uno incluye problemas diferentes, con razones para la exención también diferentes: el estado de necesidad por conflicto entre vidas cuando el autor desvía hacia un tercero un riesgo para su vida o para la vida de personas cercanas (que he denominado estado de necesidad personal), y el estado de necesidad por conflicto entre vidas cuando el autor es una persona ajena al conflicto (estado de necesidad existencial objetivo) y, por lo tanto, cuando ni su vida ni la de ningún ser querido corren peligro; así, SÁNCHEZ DAFAUCE, “El conflicto entre vidas en Derecho penal”, 2018, p. 211.

de discrecionalidad”⁴⁸, pero, en último término, la decisión solo puede ser, o sí, o no, pues la intervención del Estado ha de ser una conducta justificada (o debida), o una conducta prohibida. Si se trata de una conducta justificada, el Estado habrá de permitir el pago si no encuentra otro modo menos lesivo de resolver la situación de necesidad. Si se trata de una conducta prohibida, el Estado habrá de impedir el pago *aunque no encuentre otro modo menos lesivo de resolver la situación de necesidad*.

Por último, en lo que se refiere a la solución ofrecida por Molina Fernández para la cooperación de los intermediarios, no queda claro que sea la suma de los dos factores por él aludidos –dudas sobre el modo objetivo de resolver el conflicto y colaboración con quien actúa lícitamente– la que permita resolver el problema. Si se resuelven las dudas sobre el modo objetivo de ponderar el conflicto a favor del salvamento del rehén, la justificación para los intermediarios procede, sin más, de su cooperación en una conducta justificada *erga omnes*⁴⁹. Si se resuelven las dudas sobre el modo objetivo de ponderar el conflicto en contra del salvamento del rehén, entonces queda como problema específico el de la participación de terceros en un estado de necesidad justificante con un ámbito personal de aplicación. Y si no se resuelven las dudas es que algo falla, porque, respecto de toda situación de conflicto entre bienes jurídicos que pueda provocar la realización de una conducta típica, es obligatorio –por imposición del art. 20.5.º del CP español– decidir si, objetivamente, es decir, con eficacia *erga omnes*, el mal causado es mayor, igual o menor que el evitado. Aunque esto pueda llegar a ser muy difícil, hay que hacerlo. Tomada una decisión, entonces, como decía, solo queda como factor específico de la conducta de los intermediarios el problema de la participación de un *extraneus* en una causa de justificación con un ámbito personal de aplicación.

Sobre este problema, ya circunscrito, se puede decir que en un hipotético enfrentamiento entre p.ej. dos vidas (u otro bien jurídico personalísimo) –la vida de A y la vida de B–, el Derecho no pretende salvar a ambos. Esto, dado el estado de necesidad, no es posible –solamente lo es desactivando la misma situación de necesidad, es decir,

48 MOLINA FERNÁNDEZ, “Caso de los intermediarios en secuestros”, 2011, p. 503, nota 18.

49 La cuestión de si los servicios han sido prestados para obtener una recompensa, siempre que no haya un acuerdo para la intermediación previo a la ejecución del secuestro, caso en el que los intermediarios deberían responder como partícipes, es “absolutamente irrelevante, pues (...) el estado de necesidad no exige, como elemento subjetivo de justificación, ninguna voluntad de salvamento”, GIMBERNAT ORDEIG, “Justificación y exculpación en Derecho Penal español en la exención de responsabilidad por situaciones especiales de necesidad (legítima defensa, estado de necesidad, colisión de deberes)”, 1995, p. 70. En el mismo sentido, MOLINA FERNÁNDEZ, “Caso de los intermediarios en secuestros”, 2011, p. 507. Véase también, VALLE MUÑOZ, “El elemento subjetivo de la exigente de estado de necesidad y el delito de colaboración con bandas armadas. (Comentario a la STS de 5 de diciembre de 1994)”, *Actualidad Penal*, 1995, pp. 241-251.

ofreciendo una solución que proteja a todos los implicados en el conflicto; pero si la desactivación de la situación de necesidad fuese siempre una opción posible, entonces no existiría, por definición, la eximente de estado de necesidad-. El Derecho penal no obliga ni a A ni a B a que acepten su sacrificio por imposición normativa (esto es la base misma de la inexigibilidad de otra conducta)⁵⁰. El favorecimiento psíquico va a ser en tal situación una conducta neutral. Quien lo otorga *favorece una conducta no prohibida por el ordenamiento: la evitación del propio sacrificio (de A o de B)*. En tanto, por ejemplo, convence a alguien de algo que el Derecho no prohíbe, es decir, en tanto confirma el valor inherente a la propia noción de inexigibilidad, su participación debe considerarse conforme a Derecho. Por el contrario, quien –por supuesto, fuera del ámbito personal de la inexigibilidad- coopera de modo material en el salvamento de uno de los implicados (p.ej. A) y, con ello, en el homicidio del otro (p.ej. B), realiza una conducta antijurídica, pues lo que el Derecho pretende es que nadie acepte su propio sacrificio, *pero no ha elegido el salvamento de A- ni el de B- como solución preferente*⁵¹.

7. Ponderación entre vidas en estado de necesidad defensivo

Roxin incluye en el estado de necesidad defensivo, junto a la perforación en la que hay que matar a un niño en el parto para salvar la vida de la madre y la legítima defensa preventiva, “la amenaza procedente de un supuesto de falta de acción, p.ej. por un vehículo que a consecuencia de un accidente es lanzado con *vis absoluta* a la calzada contraria (1); la puesta en peligro creada por una acción diligente y por tanto no antijurídica, como puede ocurrir en caso de que un automovilista, pese a observar todas las reglas de tráfico, esté a punto de atropellar a una persona a quien no se podía ver a tiempo (2)”⁵².

Veamos un ejemplo de *vis absoluta*, conducción diligente y estado de necesidad defensivo:

50 Para la inexigibilidad como ausencia de prohibición, SÁNCHEZ DAFUACE, “El conflicto entre vidas en Derecho penal”, 2018, p. 206-209.

51 Para más detalles, SÁNCHEZ DAFUACE, *Sobre el estado de necesidad existencial*, 2016, pp. 344-360. Para la participación en estado de necesidad, imprescindible GIMBERNAT ORDEIG, “El estado de necesidad: un problema de antijuridicidad”, *Estudios de Derecho penal*, 3ª edición, 1990, pp. 220-224 y 226. También Roxin, para quien “no será castigado por su participación psíquica un tercero que únicamente acredita ante el autor que en la comisión de un acto antijurídico él no es culpable; pues la información sobre preceptos jurídicos tiene aquí, como en general, que quedar impune, aun cuando contribuya a la comisión de acciones antijurídicas”, ROXIN, “Causas de justificación, causas de inculpabilidad y otras causas de exclusión de la pena”, *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 46, 1992, p. 177, traducción de Polaino Navarrete.

52 ROXIN, *PG I*, (trad. 2ª), 1997, 16/63, p. 705-706; *AT I*, 4. Auflage, 16/73, p. 758.

En una carretera con dos carriles de dos direcciones, un camión aprovecha un breve tercer carril abierto en su dirección para adelantar a otro camión más lento. En el carril lento, y justo en el lugar en el que se cierra el tercer carril y el conductor del camión debe volver al primer carril desde el que inició la maniobra de adelantamiento, se encuentra perpendicularmente parado un autocar lleno de pasajeros que ha perdido la dirección por un hecho fortuito (*vis absoluta*). A su vez, un turismo circula, por su carril, en la dirección contraria a la del camión. El conductor del camión puede hacer dos cosas: chocar contra el turismo o chocar contra el autocar. Lo que no puede hacer es eludir la colisión con uno u otro. Hay que evitar, metodológicamente, tanto el recurso a un acto reflejo (el conductor del camión dispone del tiempo mínimo indispensable para decidir su conducta), como el problema de la integridad del conductor del camión (su exposición voluntaria a un riesgo mayor en uno de los dos casos no convierte en prohibida una conducta permitida, pues va solo en el camión).

Si choca contra el turismo, actúa en estado de necesidad agresivo contra el conductor del turismo en defensa de la integridad del conductor del autocar y los pasajeros. Si choca contra el autocar, actúa en estado de necesidad defensivo contra el conductor del autocar —e, ineludiblemente, los pasajeros— en defensa de la integridad del conductor del turismo.

El problema debe abordarse tomando en consideración las reglas básicas para la solución de conflictos en caso de concurrencia de causas de justificación⁵³. Si una persona, a su elección (es decir, fuera de la legítima defensa que recae sobre tercero), puede evitar la agresión de otra lesionando al agresor o a un tercero, no tiene a su disposición una legítima defensa contra el agresor y un estado de necesidad contra el tercero, sino solamente una legítima defensa contra el agresor, pues la posibilidad de evitar la agresión lesionando al agresor hace que no exista, respecto del tercero, la propia situación de necesidad exigida por el estado de necesidad. La primacía de la legítima defensa frente al estado de necesidad se basa en el principio de especialidad: el riesgo se desvía, no hacia cualquiera, sino hacia el agresor. El mismo planteamiento se puede trasladar a la relación entre estado de necesidad defensivo y estado de necesidad agresivo. La primacía del estado de necesidad defensivo frente al estado de necesidad agresivo también se basa en el principio de especialidad: el riesgo se desvía, no hacia cualquiera, sino hacia la persona competente en su origen (con independencia del lugar del sistema del delito en el que se haga el corte para la atribución de esta “competencia”)⁵⁴.

53 Para la concurrencia de causas de justificación, CUERDA RIEZU, “Sobre el concurso entre causas de justificación”, *Causas de justificación y de atipicidad en Derecho Penal*, Luzón Peña y Mir Puig (Coords.), Aranzadi, Pamplona, 1995, pp. 215-257.

54 Baldó Lavilla considera que “las situaciones de necesidad en las que la fuente de peligro amenazante no sea cuando menos *reconducible a un comportamiento humano en términos de imputación objetiva*, seguirán (...)”

Si se acepta lo anterior, el conductor del camión, dado que no puede evitar la colisión, tiene como opción preferente la de chocar contra el autocar, puesto que la situación de necesidad propia del estado de necesidad agresivo no existe en tanto subsista la posibilidad de resolver el conflicto con un estado de necesidad defensivo, es decir, en tanto sea posible desviar el riesgo hacia la persona competente en su origen, en nuestro caso, el conductor del autocar. El hecho de que sea un tercero quien aquí actúa no modifica el caso, pues el estado de necesidad justificante permite la evitación de males propios o ajenos. Además, y esto es muy significativo, si se acepta la opinión de Roxin, y muy extendida, de que es inadmisibles la ponderación según el número de vidas humanas en conflicto⁵⁵, el único criterio relevante que queda en este caso para la ponderación de los intereses enfrentados es el que permite la construcción de un estado de necesidad defensivo: la competencia por el origen del peligro. Por lo tanto, como el número de vidas humanas es irrelevante -dada la inadmisibilidad de la ponderación-, da igual que en el autocar haya otras cien personas junto al conductor, pues matar a uno es lo mismo que matar a cien, y matando al conductor se mata a la persona de la que procede el peligro y se evita la muerte del conductor del turismo, de quien no procede el peligro, sin olvidar que, si se incluyen los supuestos de ausencia de acción en el estado de necesidad defensivo, el título de imputación ya no será sino el *vehículo*⁵⁶.

las reglas del estado de necesidad agresivo"; si bien, dada la imputación objetiva, la ausencia de imputación subjetiva típica no obsta para la apreciación de un estado de necesidad defensivo, BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa*, Bosch, Barcelona, 1994, p. 135. Robles Planas elabora una escala que permite un nivel intermedio entre el estado de necesidad defensivo y el agresivo; nivel intermedio donde se incluyen los casos en que no es posible la imputación objetiva y subjetiva al afectado del riesgo que amenaza al necesitado, pero aquel no es completamente ajeno al mismo, ROBLES PLANAS, "En los límites de la justificación. La colisión de intereses vitales en el ejemplo del derribo de aviones y de otros casos trágicos", *Derecho Penal del Estado Social y Democrático de Derecho. Libro homenaje a Santiago Mir Puig*, La Ley, Madrid, 2010, pp. 501-503, en especial, nota 46. Considera este autor que "el estado de necesidad defensivo en sentido estricto debe quedar reservado para supuestos donde sea posible afirmar, al menos, la imputación objetiva y subjetiva mínima del peligro que amenaza al necesitado. Cuando ello no se dé pero pueda hablarse no obstante de la existencia de una 'organización débil' (incremento del riesgo aún permitido, riesgos especiales), los deberes de tolerancia serán superiores a los derivados de las situaciones de necesidad agresivas, pero inferiores a los de las defensivas", ROBLES PLANAS, "En los límites de la justificación. La colisión de intereses vitales en el ejemplo del derribo de aviones y de otros casos trágicos", 2010, pp. 502-503.

55 ROXIN, *PG I*, (trad. 2ª), 1997, 16/29, p. 686; *AT I*, 4. Auflage, 16/33, p. 738. Cerezo Mir estima que si una persona da muerte a otra para salvar varias vidas humanas, el mal causado es menor que el que se trataba de evitar, pero esta conducta será ilícita por suponer un grave atentado a la dignidad de la persona humana; dignidad, para este autor, extraída de la ponderación, pero, en caso de lesión, impeditiva de la justificación del estado de necesidad que evita el mal mayor, CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal Español. Parte General II. Teoría jurídica del delito*, 6ª edición, Tecnos, Madrid, 1998, pp. 269-270.

56 Hirsch enumera los ejemplos de estado de necesidad defensivo mencionados en la bibliografía alemana. Quedan incluidos los casos de ausencia de acción, los casos de peligro duradero, los ataques actuales no antijurídicos, "donde la antijuridicidad de la agresión decae porque el autor no ha actuado ni siquiera de

Una solución tan extrema se puede evitar construyendo un criterio basado en la manifiesta desproporción en caso de enfrentamiento entre vidas; criterio que sirva de dique a la incidencia de otros factores⁵⁷.

En mi opinión, ni la falta de acción ni la acción diligente pueden desmontar la primacía del principio de evitación de masacres⁵⁸. Esto se puede ejemplificar volviendo al caso del autocar expuesto más arriba. Si el presupuesto del estado de necesidad defensivo es la ausencia de acción o la acción diligente, el título de imputación es el vehículo, no el conductor, *pues tan faltos de acción están el conductor como los pasajeros* —se trata del caso de un vehículo que a consecuencia de un accidente es lanzado con *vis absoluta* a la calzada contraria—. En este supuesto, si se entiende que el estado de necesidad defensivo prima sobre la manifiesta desproporción cuantitativa entre las vidas enfrentadas, la opción preferente para el conductor del camión es chocar contra el autocar, matando a un número indeterminado, pero probablemente alto, de personas. Una solución así no puede reposar en un fundamento tan vago como la ausencia de acción o la acción diligente. Por lo tanto, si se queda ahí el estado de necesidad defensivo, la manifiesta desproporción cuantitativa debe primar sobre la competencia por el origen del peligro.

Ahora bien, si el estado de necesidad defensivo se reserva para la creación imprudente de la situación de necesidad, limitando con ello el campo de aplicación de la legítima defensa, la solución puede cambiar. Aquí sí se entiende que deban ser preferidos en la desviación de un riesgo quienes lo han creado imprudentemente. Además, la relajación que supone la renuncia a la respuesta en legítima defensa se frena con el mantenimiento de la eficacia *erga omnes* —salvo los implicados en un conflicto

modo contrario al deber de cuidado frente al bien jurídico afectado. Así sucede por ejemplo en el caso del comportamiento de un conductor del que, pese a ajustarse al cuidado debido exigible en el tráfico, deriva sin embargo un peligro concreto actual para otro bien jurídico; y los casos en los que el peligro inminente procede de un comportamiento de la propia persona afectada, como la evitación violenta de un suicidio. Excepcionalmente, “la acción lícita en estado de necesidad defensivo puede consistir en un *homicidio doloso*”. Aquí se incluye el “ataque actual que parte de un ser humano y amenaza la vida, pese a la adecuación al cuidado debido de quien actúa (por ejemplo una conducción correcta en el tráfico rodado)”, y que “puede ser eludido en caso necesario mediante una acción homicida dolosa”, HIRSCH, “El estado de necesidad defensivo en la discusión alemana”, *Estudios penales en Homenaje a Enrique Gimbernat*, Tomo I, Edisofer, Madrid, 2008, pp. 1009-1011, traducción de Demetrio Crespo. Pero en ningún caso se puede acudir a la relación numérica entre las personas salvadas y las sacrificadas, pues “semejante idea encalla en la ilicitud de la cuantificación de vidas humanas como base para la fundamentación de la justificación de acciones homicidas dolosas”, HIRSCH, “El estado de necesidad defensivo en la discusión alemana”, 2008, p. 1018.

57 Para la inclusión en el estado de necesidad defensivo de las agresiones imprudentes, con la consiguiente restricción de la legítima defensa, LUZÓN PEÑA, *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, 2002, p. 174; *el mismo*, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, 3ª, 2016, 24/48-51, pp. 418-420.

58 SÁNCHEZ DAFALUCE, “El abatimiento de una avión secuestrado”, *InDret Penal*, Barcelona, 4/2014, *passim*.

existencial- del estado de necesidad defensivo otorgado. Con esta solución queda más claro el caso anterior. El conductor del camión no tiene como opción preferente la de chocar contra el autocar, pues la maniobra de su conductor no ha sido imprudente.

Pero si la maniobra hubiera sido imprudente, tal opción tampoco existiría, pues en tal caso el título de imputación por el origen del peligro sería la maniobra imprudente, no el vehículo, de modo que los pasajeros quedarían fuera del estado de necesidad defensivo. Aceptada la ponderación entre vidas, el conductor del camión podría dirigir justificadamente su camión contra el turismo. El conductor del turismo podría —aunque es difícil imaginar cómo- defenderse de tal maniobra desviando el riesgo hacia cualquier otro implicado, y facultado para ello por un estado de necesidad personal (incluido en Derecho penal español en el miedo insuperable)⁵⁹. Y, por último, el conductor del autocar sería el autor imprudente de los homicidios o las lesiones producidas, pues todos los demás implicados en el suceso actuarían justificadamente⁶⁰.

8. Provocación imprudente de la situación de necesidad en el estado de necesidad exculpante

1. En los casos de estado de necesidad exculpante por conflicto entre males equivalentes, la solución de la creación imprudente de la situación de necesidad genera un buen problema.

Veámoslo con un ejemplo:

El guardagujas A permite, por error, que un tren de mercancías entre a toda velocidad en una estación donde hay un tren de pasajeros parado en su misma

59 “El estado de necesidad exculpante debe entenderse comprendido por la eximente de miedo insuperable (art. 20, 6º CP) y, en lo que pueda resultar insuficiente, por una eximente analógica”, MIR PUIG, *PG*, 10ª, 2016, 17/29-31, pp. 469-470. No obstante lo anterior, Mir Puig estima que la inexigibilidad no significa ausencia de prohibición, si bien añade lo siguiente: “En puridad, desde el punto de vista terminológico, la expresión ‘no exigibilidad’ no resulta muy afortunada porque oscurece el hecho de que la conducta ‘no exigible’ sí se reclama por el Derecho. Podría decirse perfectamente que el Derecho ‘exige’ la conducta heroica, aunque no considere ‘penalmente responsable’ a quien la omita. Sin embargo, la expresión ‘no exigibilidad’ se ha impuesto en la doctrina y ciertamente posee fuerza plástica, por lo que, con la reserva apuntada, seguiremos utilizándola”, MIR PUIG, *PG*, 10ª, 2016, 24/5, p. 620. Para el miedo insuperable como causa de justificación: GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría Jurídica del Delito*, Civitas, Madrid, 1984 (2ª reimpresión, 1992), pp. 435-438; también, SÁNCHEZ DAFUQUE, “El conflicto entre vidas en Derecho penal”, 2018, p. 206-209.

60 Adviértase que si se afirma que tampoco la imprudencia es título de imputación suficiente para desmontar el principio de evitación de masacres, no solo se está diciendo que cabe la ponderación entre vidas en caso de estado de necesidad, sino que tal principio se lleva hasta un supuesto —la imprudencia- ampliamente manejado en sede de legítima defensa, constituyendo ahí nada menos que una nueva e hipotética *restricción ético-social a la legítima defensa*.

vía. En este tren de pasajeros se encuentra solamente un trabajador comprobando la maquinaria. Para evitar la colisión, que habría causado con un muy alto grado de probabilidad la muerte de esta persona, A desvía el tren hacia otra vía, la única posible, pese a que sabe que en ella hay otro trabajador que corre en tal caso un muy alto riesgo de ser arrollado. A no puede en ese momento llamar su atención. Este segundo trabajador muere como consecuencia del atropello⁶¹.

En España, un importante sector doctrinal califica esta segunda conducta de A como un homicidio doloso y antijurídico pero exento de responsabilidad criminal por la concurrencia de un estado de necesidad exculpante, pues el mal causado es igual al evitado (una vida frente a una vida).

Para la calificación del error de A que abre el caso, los defensores del carácter antijurídico del estado de necesidad exculpante no pueden recurrir a la *actio illicita in causa* porque, como es obvio, no hay ninguna acción lícita.

La única solución viable es la aplicación de la *actio libera in causa*. Pero no queda nada claro para qué sirve aquí una *actio libera in causa*.

La culpabilidad de A por la segunda acción ya está excluida. Esta segunda conducta es antijurídica, la *actio libera in causa* no puede tocar esto. De lo que se trata es de dar una respuesta a su inicial error. La *actio libera in causa* debe servir para mantener viva alguna culpabilidad de A, en concreto, la relacionada con su error. Si con ello se llega a la imputación de un homicidio doloso, la exculpación precedente no habrá servido de nada, lo que no puede ser el caso. Por lo tanto, la solución del problema habrá de ser la imputación de un homicidio imprudente.

Ahora bien, si se maneja la *actio libera in causa* en sede de culpabilidad, se ha de conectar el error inicial de A con su posterior conducta exculpada.

Roxin entiende que la fundamentación de la *actio libera in causa* en el delito imprudente “no presenta peculiaridades estructurales frente a otros delitos imprudentes”⁶². “Quien, enfurecido con su mujer, se emborracha y, pese a anteriores experiencias en ese sentido, no repara en que le dará una paliza en estado de inimputabilidad, crea al emborracharse un riesgo no permitido para la integridad corporal de su mujer, que se ha realizado en la paliza”⁶³.

Si se utiliza este mismo planteamiento en el caso examinado, habrá que preguntarse si el guardagujas crea un riesgo no permitido para el trabajador fallecido

61 Se trata de una variante del famoso caso tratado por Welzel, pero propuesto antes por Jabinski; así, MARTÍNEZ CANTÓN, *La ponderación en el estado de necesidad*, 2006, pp. 496-497.

62 ROXIN, *PG I*, (trad. 2ª), 1997, 20/58, p. 851; *AT I*, 4. Auflage, 20/59, p. 916.

63 ROXIN, *PG I*, (trad. 2ª), 1997, 20/58, p. 851; *AT I*, 4. Auflage, 20/59, p. 916.

cuando comete el error que da inicio al caso. Pero la respuesta a esta pregunta es: no, el guardagujas no crea tal riesgo. Si la desviación posterior está prohibida, el guardagujas solo crea con su error inicial un peligro para el ocupante del tren de pasajeros. El riesgo para el trabajador fallecido lo crea después, cuando desvía hacia él el tren, no antes. Antes, solamente existe respecto del trabajador fallecido el riesgo general que procede de la realización de cualquier conducta prohibida. Es un riesgo que existe pese a la vigencia de la norma penal de determinación, pero es un riesgo general que no permite la aplicación de la *actio libera in causa*. Tanto riesgo existe de que A, que cometió el error, incumpla la prescripción penal, como de que lo hagan B, C o D, si trabajan con él y tienen también en ese momento capacidad de acción.

El rasgo específico de la *actio libera in causa* propia de la culpabilidad consiste en que el riesgo general de realización de una conducta prohibida se convierte en un riesgo especial debido a la particular condición en la que el autor se coloca a sí mismo. Tal riesgo especial es el título de imputación. Ahora bien, para que se dé este riesgo especial han de concurrir unas condiciones particulares. En el caso expuesto por Roxin, el riesgo especial de infracción procede de la pérdida de la capacidad de autocontrol provocada por la bebida. Pero en el caso del guardagujas esta condición particular no existe. Existiría si el guardagujas tuviese a sus hijos, por ejemplo, en el tren de mercancías, pues en tal caso sí estaría personalmente implicado en la situación de necesidad, de modo que sería la inexigibilidad de otra conducta —como en el caso expuesto por Roxin lo era la inimputabilidad— la que crearía las condiciones especiales para una hipotética infracción. Pero frente a un conflicto ajeno, estas condiciones no existen⁶⁴.

El problema que se plantea es el siguiente: si la desviación del tren es una conducta prohibida, y si el autor no se halla implicado personalmente en el conflicto, ¿por qué la mera creación imprudente de la situación de necesidad permite, excluida la culpabilidad dolosa, mantener la culpabilidad imprudente? La razón de fondo de este problema es sencilla. Es la *incoherencia que supone crear causas de exclusión de la culpabilidad*

64 Gómez Benítez estima, acertadamente, que en los casos de conflicto entre bienes jurídicos personalísimos, “la inexigibilidad de conducta distinta sólo podría afectar al que actúa en autoauxilio, o en auxilio de sus familiares más próximos o personas especialmente queridas”, GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría Jurídica del Delito*, 1984 (2ª reimpresión, 1992), pp. 379-380. También Mir Puig considera que “el estado de necesidad exculpante se concibe por la doctrina española en términos demasiado amplios cuando admite que pueda abarcar el *auxilio necesario* de terceros sin exigir que el salvador sea un pariente o persona próxima que pueda compartir la situación de conflicto psicológico del necesitado. Ello no resulta comprensible tratándose de una causa de exclusión de la imputación personal, que en principio ha de ser estrictamente personal, y sólo debería afectar a quien sufre la presión motivacional en su persona, por amenazarle el mal a él o a una persona estrechamente vinculada al mismo”, MIR PUIG, *PG*, 10^º, 2016, 17/27, p. 469.

o de la responsabilidad basadas en conflictos objetivos. Dado que el conflicto creado imprudentemente por el autor le es ajeno, el único modo de mantener su culpabilidad imprudente consiste en decir que, al crear la situación de necesidad, ha comprometido necesariamente, como mínimo, una vida. Como dicha creación ha sido imprudente, le corresponde una culpabilidad imprudente. Es decir, el mismo argumento que si se aplicase una *actio illicita in causa*.

2. Llegados aquí, se puede modificar el caso de modo que en el tren de pasajeros se encuentre solamente un hijo de A y en la vía hacia la que se desvía el tren se hallen 3 trabajadores.

La ponderación queda en principio fuera del debate: se trata de un estado de necesidad exculpante con un ámbito personal de aplicación, tal y como lo configura el CP alemán (§ 35 StGB). Pero el problema visto con anterioridad se mantiene en parte. No es de aplicación la *actio illicita in causa* porque no hay acción lícita. El análisis ha de moverse entre la *actio libera in causa* y el uso del error de A como factor añadido en el juicio intersubjetivo de inexigibilidad.

Esto lo expresa Roxin con claridad cuando estudia el peligro causado por el propio sujeto en el estado de necesidad exculpante del § 35 del StGB: “El tenor literal de la ley (...) no se fija únicamente en la causación, sino en si en virtud de ella se le puede exigir al sujeto que soporte el peligro. Todo desemboca por tanto en los presupuestos de la exigibilidad”⁶⁵. Así, por ejemplo, si alguien emprende con otro una excursión náutica peligrosa y se deja negligentemente en su casa su chaleco salvavidas, es penalmente responsable si para salvar su vida en una tempestad arrebatada a su compañero su chaleco y lo deja morir entre las olas⁶⁶. Ahora bien, si un padre que ha puesto culpablemente a su familia en una situación de necesidad solo puede salvarla perjudicando a personas no implicadas, no deberá ser castigado, “pues si un padre es culpable del peligro que amenaza a su familia, simplemente se sentirá mucho más fuertemente obligado a salvarla de él —aunque sea a costa de terceros—. Y también la opinión pública tendrá comprensión hacia esa motivación, de modo que la consideración a la conciencia jurídica general no exige la punición”⁶⁷. También, si la mujer se pone culpablemente en una situación de necesidad y su marido la salva lesionando a un tercero, “se habrá de apreciar igualmente por regla general una exclusión de la responsabilidad. A favor de ello está no sólo el tenor literal de la ley (el sujeto que actúa en estado de necesidad no ha ‘causado’ el peligro), sino también la circunstancia de que el salvador de su mujer (o de otra persona especialmente

65 ROXIN, *PG I*, (trad. 2ª), 1997, 22/45, p. 916; *AT I*, 4. Auflage, 2006, 22/45, pp. 981-982.

66 ROXIN, *PG I*, (trad. 2ª), 1997, 22/48, p. 918; *AT I*, 4. Auflage, 2006, 22/48, p. 983.

67 ROXIN, *PG I*, (trad. 2ª), 1997, 22/50, p. 918; *AT I*, 4. Auflage, 2006, 22/50, p. 984.

allegada) merece indulgencia, siendo indiferente cómo haya llegado aquélla a su situación (...). Pues la conciencia jurídica general tolera mucho mejor una exención de pena en caso de actuación altruista que en caso de actuación egoísta”⁶⁸.

Esto último es cierto en parte y en parte no lo es. Es posible que la conciencia jurídica general tolere mucho mejor una exención de pena en caso de actuación altruista que en caso de actuación egoísta, pero no es cierto que quien mata o lesiona a un tercero para salvar a su mujer actúe de forma altruista. El altruismo no cabe dentro del círculo de personas privilegiado del § 35 StGB, pues la razón de la exención es precisamente la implicación personal en el conflicto.

A su vez, la conciencia jurídica general puede comprender que el padre que ha puesto culpablemente en una situación de necesidad a su familia se sienta más fuertemente obligado a salvarla, pero lo que no comprende es por qué esa provocación culpable de la situación de necesidad no puede vincularse con la muerte de la persona sacrificada.

De hecho, el argumento utilizado por Roxin para negar la exculpación en el caso de quien olvida negligentemente en casa su chaleco salvavidas es que “no sólo el peligro, sino también la necesidad de salvarse a costa de otro era previsible”⁶⁹. Asimismo: “Si alguien es puesto en peligro por otras personas, su privilegio del estado de necesidad permanece intacto en tanto que se haya comportado de manera socialmente adecuada”⁷⁰. También: “Cuando alguien se expone a peligros naturales, posee una razón suficiente para ello en la medida en que pretenda ayudar a otros o (como en las exploraciones o viajes de investigación) promover un provecho social, siempre que la puesta en peligro reconocible de sí mismo o de otros no sea preponderante desde un principio sobre el provecho”⁷¹. Previsibilidad, adecuación social y riesgo permitido son criterios de la conducta imprudente, y ello es así *porque lo que aquí se da no es un problema de inexigibilidad, sino de imprudencia*.

La inexigibilidad de la conducta dolosa se puede afirmar si en el momento de su realización se dan las condiciones exigidas por el § 35 del StGB o, en España, por el juicio intersubjetivo de inexigibilidad requerido para la aplicación del miedo insuperable (art. 20.6.º CP). Pero la exigibilidad de la imprudencia inicial es indudable, pues en el momento de la negligencia no se daban dichas condiciones.

Por último, no parece que el guardagujas, dado el carácter de su actividad, se

68 ROXIN, *PG I*, (trad. 2ª), 1997, 22/51, p. 919; *AT I*, 4. Auflage, 2006, 22/51, p. 984.

69 ROXIN, *PG I*, (trad. 2ª), 1997, 22/48, p. 918; *AT I*, 4. Auflage, 2006, 22/48, p. 983.

70 ROXIN, *PG I*, (trad. 2ª), 1997, 22/47, p. 917; *AT I*, 4. Auflage, 2006, 22/47, p. 982.

71 ROXIN, *PG I*, (trad. 2ª), 1997, 22/47, p. 917; *AT I*, 4. Auflage, 2006, 22/47, p. 983.

encuentre en una posición jurídica especial que le obligue a soportar el peligro, de modo que se puede pasar con cierta ligereza por el espinoso problema de la elaboración del juicio de inexigibilidad cuando dicho peligro no amenaza a quien debe soportarlo sino a un pariente o persona allegada⁷².

¿Puede, por ejemplo, un bombero salvar a su hijo en sacrificio de una tercera persona? La regla general expresada por Roxin es la siguiente: “Quien ocupa una posición jurídica especial debe soportar también el peligro cuando el mismo no le amenaza a él, sino a un pariente o persona allegada. Pues el bien común resultaría dañado si p.ej. en casos de catástrofes las personas nombradas para proteger a la colectividad pudieran omitir impunemente su deber y ocuparse, en su lugar, de sus parientes y demás personas allegadas”⁷³.

Han de diferenciarse, no obstante, varios casos:

- a) En primer lugar, si el bombero no incumple su deber salvando a su hijo, es evidente que puede salvarlo. Si en un incendio hay dos personas implicadas, el propio hijo del bombero y un tercero, y una sola posibilidad de salvamento, el bombero puede preferir a su hijo si ambas soluciones están en pie de igualdad. Ahora bien, si el bombero, en ese mismo contexto, prefiere sacrificar a su hijo y salvar al tercero desconocido, su conducta también estará amparada por el cumplimiento de un deber, pues la preferencia del deber institucional frente al familiar ha de sostenerse en todo caso si se quiere ser congruente⁷⁴.
- b) Si el bombero salva a su hijo cuando, según el protocolo de actuación que ha de seguir, su obligación hubiese sido la de salvar a un tercero, está incumpliendo su deber y su conducta no está exculpada. Esto puede ocurrir si, por ejemplo, hay una sola posibilidad de salvamento, del hijo o de un tercero, y la del hijo es altamente improbable y la del tercero de fácil consecución.
- c) En tercer lugar, el bombero no queda exculpado si, sin más, desatiende la situación de peligro. Esto puede ocurrir si, por ejemplo, abandona el lugar del incendio para atender una petición de su cónyuge bajo amenaza de suicidio.

72 La referencia que el art. 20.5.^o del CP español hace a la obligación de sacrificio es completamente inadecuada, pues “el Derecho exige soportar peligros, pero no el sacrificio consciente de la propia vida”. Ni siquiera “en el supuesto de peligros específicos de la profesión se puede exigir que el que tiene el deber de protección asuma la muerte segura o altamente probable”, Roxin, *PG I*, (trad. 2ª), 1997, 22/41, p. 914; *AT I*, 4. Auflage, 2006, 22/41, p. 980.

73 Roxin, *PG I*, (trad. 2ª), 1997, 22/43, p. 915; *AT I*, 4. Auflage, 2006, 22/43, p. 981.

74 Roxin mantiene que la posición jurídica especial ha de incluir obligaciones frente a la colectividad y no deberes de protección existentes exclusivamente frente a personas concretas (relaciones padres-hijos, niñeras o guías privados de montaña), Roxin, *PG I*, (trad. 2ª), 1997, 22/39, pp. 913-914; *AT I*, 4. Auflage, 2006, 22/39, p. 979.

Respecto de estos dos últimos supuestos, no obstante, queda en el aire una cuestión de gran interés. Si, como se decía antes, el Derecho exige soportar peligros pero no impone una obligación de sacrificio, ¿queda, quien ocupa una posición jurídica especial, obligado al sacrificio, no ya de la propia vida, sino de la de alguna de las personas incluidas en el círculo de personas privilegiado? La respuesta no es sencilla, pero se puede entender que la misma razón que ha llevado a crear un círculo de personas privilegiado más allá de la propia vida permite extender la inexigibilidad del “sacrificio” también más allá de la propia vida.

Lo que en ningún caso resulta convincente es la creación de un deber especial de soportar el peligro en sede de culpabilidad o responsabilidad⁷⁵. Con tal construcción se acepta que hay deberes generales, propios de la antijuridicidad, respecto de los que, incumplidos, decae la culpabilidad o la responsabilidad si en ellas no se ha construido un nuevo deber, ahora especial. Con este planteamiento se vuelve a la clásica doble ubicación del deber en antijuridicidad y culpabilidad, lo cual es un ejemplo manifiesto de que *la exculpación se ha quedado retrasada en el proceso migratorio de elementos personales de la culpabilidad al injusto*. No hay un deber general cuyo incumplimiento se perdona y un deber especial cuyo incumplimiento no se perdona, sino un deber especial que se cumple o se incumple. Y este deber es especial *precisamente porque no hay un deber general*⁷⁶.

9. Exceso intensivo en la legítima defensa y error en cuanto al exceso

Como ya se ha apuntado en apartados precedentes, el Derecho penal español permite la construcción de una legítima defensa incompleta cuando el defensor rechaza la agresión ilegítima con un medio (mejor: de un modo) más lesivo para el agresor que otro, igualmente eficaz para repeler la agresión, y también a su alcance⁷⁷. En estos casos se

75 Roxin estima, por el contrario, que la construcción aquí de un deber especial de soportar el peligro es en sí misma correcta, ROXIN, *PG I*, (trad. 2ª), 1997, 22/38, p. 913; *AT I*, 4. Auflage, 2006, 22/38, p. 979.

76 El hecho de que en el denominado estado de necesidad exculpante se manejen elementos personales ha dificultado, en mi opinión, la comprensión de que estos elementos personales pertenecen ya al mismo objeto de valoración, es decir, al injusto. La transición de elementos personales de la culpabilidad al injusto, preparada por el concepto normativo de la culpabilidad y ejecutada por la teoría final de la acción, no ha sido completa.

77 “En cuanto al momento del juicio, hoy apenas es discutido: sólo tiene sentido la evaluación *ex ante*; la defensa debe ser razonable en el momento en que se lleva a cabo la acción defensiva. En este sentido, la jurisprudencia es constante”, MOLINA FERNÁNDEZ, “La legítima defensa del Derecho penal”, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 25, 2012-I, p. 37.

niega la concurrencia de la necesidad racional del medio empleado (requisito -no esencial- de la legítima defensa: art. 20.4.º CP) y se habla de un exceso intensivo del defensor.

Las relaciones entre el exceso intensivo en la legítima defensa y el error en los presupuestos de hecho de una causa de justificación son múltiples y muy complejas⁷⁸. Aquí me voy a referir solamente a un supuesto: aquel en el que el exceso intensivo se produce por un error en los presupuestos de hecho circunscrito a la necesidad racional del medio empleado.

El ejemplo que manejo en mis clases para explicar este problema es el siguiente:

A dispara y mata a B, que se abalanzaba sobre A con intención homicida. A creía que B era un experto karateca, pues en el bar en el que ambos coincidían siempre alardeaba de sus logros en diversas competiciones. La realidad es que B no solo no dominaba esa técnica, sino que, dada su escasa fuerza física, hubiera podido ser reducido fácilmente por A, de compleción atlética.

En una primera aproximación al caso, podemos comprobar sin mucha dificultad que nos hallamos ante un exceso intensivo en la legítima defensa: el defensor podía haber rechazado la agresión sin matar a B, solamente lesionándolo, pero no lo hizo. Si nos quedamos aquí, obtenemos, para A, una rebaja de la pena en uno dos grados. La operación sería la siguiente:

- Homicidio doloso consumado: 10-15 años de prisión (art. 138.1. CP).
- Eximente incompleta de legítima defensa (concorre una agresión ilegítima pero falta la necesidad racional del medio empleado): 5-10 años menos un día de prisión, o 2.5-5 años menos un día de prisión (se rebaja la pena en uno o dos grados en aplicación del art. 68 del CP; art. 68 que remite al art. 21.1.^a, donde se recoge la figura de la eximente incompleta, y que, a su vez, remite al art. 20.4.º, que regula la legítima defensa).

Esta pena, no obstante, no es la pena correcta para nuestro caso. Sería correcta si el caso dijera que A sabía que podía reducir a B por la fuerza pero prefirió matarlo. Esto es así porque hay un aspecto que aún no hemos abordado, y que no es otro que el error de A en cuanto a la necesidad de su defensa: A, en nuestro ejemplo, creía que el disparo era el único medio de repeler con eficacia el acometimiento de B.

Ahora bien, no nos encontramos sin más ante un error en los presupuestos de hecho de una causa de justificación, sino ante un *exceso por error*.

78 Véase MIR PUIG, PG, 10^a, 2016, 16/85 pp. 457-458; BOLEA BARDÓN, "El exceso intensivo en la legítima defensa putativa", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo 51, 1998, p. 613-641. "Con la expresión exceso intensivo en la defensa putativa se alude a aquellos supuestos en que el sujeto cree erróneamente que es víctima de una agresión que en realidad no existe; y, en su supuesta defensa, traspasa los límites que hubieran existido en caso de que la necesidad de defensa fuera real", BOLEA BARDÓN, "El exceso intensivo en la legítima defensa putativa", p. 633.

Debemos, por lo tanto, distinguir nuestro supuesto inicial de otro, cercano pero diferente, en el que solo cambiaría la primera frase, la cual diría: A dispara y mata a B en la creencia errónea de que B se abalanzaba sobre A con intención homicida.

La diferencia entre ambos casos es muy importante: en este último supuesto no hay una agresión ilegítima y, en el inicial, sí la hay. ¿Cómo conseguimos atender a esta diferencia en la determinación de la pena?

En el segundo supuesto, en tanto no hay agresión ilegítima de B, no concurre ningún presupuesto material esencial de la legítima defensa⁷⁹. Ambos errores (el error respecto de la agresión y el error respecto de la necesidad del medio de defensa) van a parar a un error en los presupuestos de hecho de una causa de justificación. Si, para no complicar más el caso, partimos de la base de que ambos errores son vencibles, habrá dos soluciones diferentes según sigamos la teoría del dolo o la teoría estricta de la culpabilidad. Para esta última, una rebaja de la pena en uno o dos grados (14.3. CP). Para la teoría del dolo, un homicidio imprudente (1-4 años de prisión: art 142.1. CP)⁸⁰.

Pero esta solución no sirve para nuestro primer caso, pues en él *sí hay una agresión ilegítima*. Si seguimos la teoría estricta de la culpabilidad, la determinación de la pena es sencilla: una primera rebaja de la pena en uno o dos grados por el exceso intensivo (arts. 20.4, 21.1 y 68 CP) y otra rebaja de la pena en uno o dos grados, acumulada a la anterior, en virtud del error (art. 14.3. CP)⁸¹. Pero si entendemos que el error en los presupuestos de una causa de justificación ha de excluir el dolo, como personalmente considero correcto, entonces la solución se complica, y mucho.

No podemos, como a menudo se hace, acudir sin más al tipo imprudente, pues en tal caso estamos dejando sin respuesta la presencia efectiva de una agresión ilegítima,

79 Aquí no cabe hablar de una eximente incompleta, "pues la aplicación de la eximente incompleta en caso de que falte algún elemento no esencial queda condicionada a la concurrencia de los elementos esenciales de la eximente", BOLEA BARDÓN, "El exceso intensivo en la legítima defensa putativa", p. 635.

80 "Así, "salvo en los casos en que la invencibilidad del error se extienda tanto a elementos esenciales como inesenciales (...), en las demás variantes de doble error sobre elementos esenciales e inesenciales (...), conforme al tratamiento que aquí se otorga a esta clase de error [error de tipo], habrá que mantener el castigo por injusto imprudente, siempre que el hecho dé lugar a un tipo de injusto imprudente expresamente previsto en la Ley", BOLEA BARDÓN, "El exceso intensivo en la legítima defensa putativa", p. 638. Véase también, BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa*, 1994, pp. 317-320.

81 Desde la perspectiva del error de prohibición vencible, Jiménez Díaz resuelve acertadamente este problema. Así, dada una agresión ilegítima, "en el supuesto de que el error afecte a la racionalidad del medio, existe una situación real que hace necesaria la defensa, que tan sólo se ve excedida en su medida. Lo cual determina que parte del acto sea legítimo y sólo la otra parte (el exceso intensivo) no lo sea". Por tal razón, es necesaria una doble rebaja de la pena, "una por la legítima defensa incompleta y otra por el error vencible", JIMÉNEZ DÍAZ, *El exceso intensivo en la legítima defensa*, 2007, p. 135.

es decir, estamos tratando igual el caso en el que B acomete a A con intención homicida y el caso en el que A cree erróneamente que B intenta matarlo.

A partir de aquí, expongo mi propuesta personal para la solución de estos complejos casos de exceso intensivo por error:

En el exceso por error puede hablarse de una justificación parcial hasta el límite de la conducta correcta y de un tipo imprudente cuya base de medición habrá de ser la correspondencia numérica entre los marcos penales conocidos.

Así, si el defensor cree que la muerte del agresor es el medio eficaz menos lesivo para salvar su vida pero ello no es cierto porque tenía a su alcance otro medio eficaz menos lesivo, y si su error es evitable, la mejor forma de determinar la pena es la siguiente: en primer lugar, se reduce la pena por el homicidio en uno o dos grados, p.ej. en un grado, 5-10 años *—la pena que le hubiese correspondido al defensor si se hubiese excedido dolosamente—*, y, después, se hace la correspondencia entre marcos penales. Si 10-15 años *—homicidio doloso consumado—* se corresponden con 1-4 años *—homicidio imprudente grave: la pena que p.ej. le hubiera correspondido al defensor si de modo vencible hubiese creído que concurría una agresión ilegítima en realidad inexistente—*, 5-10 años se corresponderán con 0,5-2,6 años. Este será el marco penal (si se rebaja la pena en un grado por la exención incompleta; para la rebaja en dos grados basta con repetir la operación con las nuevas cifras) dentro del que habrá que decidir la pena para A: 0.5-2.6 años.

Para terminar este apartado, quiero hacer una breve reflexión sobre un aspecto de la necesidad racional del medio empleado que a veces es pasado por alto.

La condena a una persona por un exceso intensivo en la legítima defensa no solo se basa en lo que esa persona hizo, sino también en lo que no hizo pudiendo hacerlo. Esto es evidente y no requiere de más argumentos: si en dos situaciones idénticas en todo salvo, por ejemplo, en la fuerza física de C y de D, C repele una agresión ilegítima del modo eficaz menos lesivo para el agresor, y D también la repele pero teniendo a su alcance otra conducta impeditiva de la agresión menos lesiva para el agresor, entonces D será condenado y C no lo será.

Esto tiene una importancia enorme, pues, dado que eso que el autor (D) no hizo pudiendo hacerlo es parte del fundamento material de la antijuridicidad de su conducta, el tribunal debe precisarlo completamente e incluirlo en los hechos probados, ya que, si no lo hace, compromete los principios de taxatividad y motivación suficiente. En la sentencia se debe exponer de modo claro y preciso al menos una conducta alternativa que el autor omitió. No basta con decir que pudo hacer otra cosa: hay que precisar qué conducta determinada no realizó, y cómo y en qué momento concreto pudo ejecutarla. Sin estos detalles, no puede haber condena sin indefensión procesal.

10. Bibliografía

- BALDÓ LAVILLA, FRANCISCO, *Estado de necesidad y legítima defensa*, Bosch, Barcelona, 1994.
- BOLEA BARDÓN, CAROLINA, "El exceso intensivo en la legítima defensa putativa", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo 51, 1998.
- CEREZO MIR, JOSÉ, *Curso de Derecho Penal Español. Parte General II. Teoría jurídica del delito*, 6ª edición, Tecnos, Madrid, 1998.
- CUERDA RIEZU, ANTONIO RAFAEL, "Sobre el concurso entre causas de justificación", *Causas de justificación y de atipicidad en Derecho Penal*, Luzón Peña y Mir Puig (Coords.), Aranzadi, Pamplona, 1995.
- GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE, "El estado de necesidad: un problema de antijuridicidad", *Estudios de Derecho penal*, 3ª edición, Tecnos, Madrid, 1990.
- GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE, "Justificación y exculpación en Derecho Penal español en la exención de responsabilidad por situaciones especiales de necesidad (legítima defensa, estado de necesidad, colisión de deberes)", *Justificación y exculpación en Derecho penal*, Eser, Gimbernat, Perron (Edits.), Servicio de Publicaciones, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Centro de Estudios Judiciales, Ministerio de Justicia e Interior, Madrid, 1995.
- GÓMEZ BENÍTEZ, JOSÉ MANUEL, *Teoría Jurídica del Delito*, Civitas, Madrid, 1984 (2ª reimpresión, 1992).
- GRECO, LUIS, "Legítima defensa de animales", *Nuevo Foro Penal*, volumen 15, núm.92, 2019.
- HIRSCH, HANS JOACHIM, "El estado de necesidad defensivo en la discusión alemana", *Estudios penales en Homenaje a Enrique Gimbernat*, Tomo I, Edisofer, Madrid, 2008, traducción de Demetrio Crespo.
- IGLESIAS RÍO, MIGUEL ÁNGEL, *Fundamento y requisitos estructurales de la legítima defensa*, Comares, Granada, 1999.
- JAKOBS, GÜNTHER, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª edición, corregida, traducción de la 2ª edición alemana (1991) por Cuello Contreras y Serrano Gómez de Murillo, Marcial Pons, Madrid, 1997.
- JIMÉNEZ DÍAZ, MARÍA JOSÉ, *El exceso intensivo en la legítima defensa*, Comares, Granada, 2007.
- LUZÓN PEÑA, DIEGO MANUEL, "Actio illicita in causa y provocación en las causas de justificación", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo 47, núm 3, 1994.
- LUZÓN PEÑA, "Exculpación por inexigibilidad penal individual", *Revista Justiça e Sistema Criminal*, v. 8, núm. 14, 2016.
- LUZÓN PEÑA, DIEGO MANUEL, *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2002, (primera edición: Bosch, Barcelona, 1978).

- LUZÓN PEÑA, DIEGO MANUEL, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, 3ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016.
- MARTÍNEZ CANTÓN, SILVIA, *La ponderación en el estado de necesidad*, Universidad de León, 2006.
- MARTÍNEZ ESCAMILLA, MARGARITA, "Pobreza, estado de necesidad y prevención general: los «correos de la cocaína» y el Tribunal Supremo español", *La respuesta del Derecho penal ante los nuevos retos*, Cuerda Riezu (Dir.), Universidad Rey Juan Carlos, Dykinson, Madrid, 2005.
- MIR PUIG, SANTIAGO, *Derecho Penal. Parte General*, 10ª edición, Ed. Reppertor, Barcelona, 2016.
- MOLINA FERNÁNDEZ, FERNANDO, "Caso de los intermediarios en secuestros", *Casos que hicieron doctrina en Derecho penal*, Sánchez-Ostiz Gutiérrez (Coord.), La Ley, Madrid, 2011.
- MOLINA FERNÁNDEZ, FERNANDO, "El estado de necesidad como ley general. (Aproximación a un sistema de causas de justificación)", *Revista de Derecho penal y Criminología*, Nº extraordinario 1, UNED, marzo 2000, pp. 221-222.
- MOLINA FERNÁNDEZ, FERNANDO, "La legítima defensa del Derecho penal", *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 25, 2012-I.
- MOLINA FERNÁNDEZ, FERNANDO, *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, 2001, Bosch, Barcelona, 2001.
- MOLINA FERNÁNDEZ, FERNANDO, *Memento Penal 2019*, Molina Fernández (Coord.), Lefebvre, Madrid, 2018, marginal 1590.
- MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, y GARCÍA ARÁN, MERCEDES, *Derecho Penal. Parte General*, 9ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015.
- ROBLES PLANAS, RICARDO, "En los límites de la justificación. La colisión de intereses vitales en el ejemplo del derribo de aviones y de otros casos trágicos", *Derecho Penal del Estado Social y Democrático de Derecho. Libro homenaje a Santiago Mir Puig*, La Ley, Madrid, 2010.
- ROXIN, CLAUS, "Causas de justificación, causas de inculpabilidad y otras causas de exclusión de la pena", *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 46, 1992, traducción de Polaino Navarrete.
- ROXIN, CLAUS, "Culpabilidad y responsabilidad como categorías sistemáticas jurídicopenales", *Problemas básicos del Derecho penal*, Reus, Madrid, 1976, traducción de Luzón Peña;

- ROXIN, CLAUS, *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, traducción de la novena edición alemana (2015) por Cuello Contreras y Serrano Gómez de Murillo, Marcial Pons, Madrid, 2016.
- ROXIN, CLAUS, *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, traducción de la 2ª edición alemana (1994) por Luzón Peña, Díaz y García Conlledo, y De Vicente Remesal, Civitas, Madrid, 1997, 15/104-108.
- ROXIN, CLAUS, *Derecho Penal. Parte General. Tomo II. Especiales formas de aparición del delito*, traducción de la 1ª edición alemana (2003) por Luzón Peña (Director), Paredes Castañón, Díaz y García Conlledo, y De Vicente Remesal, Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2014, 25/168-171.
- ROXIN, CLAUS, *La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el Proceso penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000, p. 48, traducción de Gómez Rivero y García Cantizano.
- ROXIN, CLAUS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4. Auflage, Beck, München, 2006, 15/124-128, pp. 716-718.
- SÁNCHEZ DAFUCE, MARIO, "El abatimiento de una avión secuestrado", *InDret Penal*, Barcelona, 4/2014, *passim*.
- SÁNCHEZ DAFUCE, "El conflicto entre vidas en Derecho penal", *Revista penal*, núm. 42, Tirant lo Blanch, 2018.
- SÁNCHEZ DAFUCE, MARIO, *Sobre el estado de necesidad existencial*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, *passim*.
- VALLE MUÑIZ, JOSÉ MANUEL "El elemento subjetivo de la eximente de estado de necesidad y el delito de colaboración con bandas armadas. (Comentario a la STS de 5 de diciembre de 1994)", *Actualidad Penal*, N° 17, XVIII, 1995.